

Concurrence

1893 **Contrôler sa distribution : l'impossible pari**

Étude par

Frédérique CHAPUT,

avocat associée,
Racine,
www.racine.eu

Parce que la fonction des vendeurs est de vendre et celle des acheteurs, d'acheter, parce qu'une saine concurrence suppose que les produits et services soient commercialisés le plus largement possible, le droit économique prohibe largement tout ce qui tend à restreindre la libre commercialisation. Un îlot de tolérance demeure, à l'encontre d'internet : mais cette dernière restriction est-elle réellement légitime ?

Introduction

1 - Dans « L'immortalité », Kundera décrit les gens qui font leurs achats chez Fauchon comme étant ceux pour qui « le plaisir de payer est supérieur au plaisir de manger ». Derrière ce plaisant aphorisme se cache une réalité sociologique profonde qui fonde l'Univers du Luxe, au sens le plus large. Plus cher signifie parfois « plus solide », « plus performant » ou « plus beau » ; il signifie parfois simplement et seulement « plus cher », comme une fin en soi.

L'objet de luxe vendu à moindre prix en dehors de l'environnement de vente voulu pour lui par son créateur, perd pour certains l'essentiel de son intérêt : il perd son statut d'objet exceptionnel pour devenir un objet ordinaire, plus largement accessible, dépourvu de sa puissance valorisante. Aussi, dans le même temps qu'il attire une clientèle pour laquelle il était jusqu'alors inaccessible (le « consommateur » que le droit de la concurrence s'est donné mission de défendre), ceux qui y avaient auparavant accès s'en détournent.

2 - Mais le Droit du consommateur à pouvoir accéder à (presque) tout, au meilleur prix, est aujourd'hui inscrit dans le marbre et ceux qui contestent cette démocratisation du luxe mènent un combat perdu d'avance.

Le cheval de Troie qui a pénétré la forteresse s'appelle Internet : il est puissant, il est mondial, il est anarchiste et ses ambitions semblent impossibles à contenir.

3 - Dès les premiers temps d'internet, les marques ont identifié les dangers multiples de ne plus parvenir à contrôler leurs canaux de distribution. Certains de leurs arguments (protection des parts de marchés, contrôle des prix de vente) ont été très vite balayés par le droit économique, comme étant illégitimes au regard de l'objectif qu'il s'était assigné.

D'autres arguments, avancés dans le domaine du luxe et de la haute technologie, ont été mieux accueillis : il est vrai qu'ouvrir le droit de distribuer dilue l'image et banalise le produit ; or, le secteur du luxe et de la haute technologie porte une part non négligeable de la

création et de l'innovation et, à ce titre, mérite un certain niveau de protection.

4 - Certains, dont les produits étaient moins spécifiques et moins prestigieux, se sont positionnés dans le sens du vent dominant et ont revendiqué, pour justifier leur volonté de contrôle, la sécurité et le bien-être du consommateur, non sans, parfois, une certaine hypocrisie. Ces arguments, lorsqu'ils étaient sérieusement défendables, ont été accueillis avec parcimonie et des bonheurs divers comme le montre la lecture comparée des affaires « matériel hi-fi et home cinéma » en 2006¹ et « produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques » en 2008².

5 - D'autres, enfin, ont espéré trouver grâce en mettant en avant la légitime protection des investissements engagés par les membres de leurs réseaux contre le « parasitisme » de ceux qui tirent les fruits de la notoriété sans avoir supporté les frais de son développement. Ce dernier argument a connu un succès certain et se trouve aujourd'hui au cœur du débat, même si l'on ne peut que douter de sa cohérence, comme nous le verrons plus loin.

Aussi, ça et là se trouvent encore de rares îlots protégés contre la marée Internet : mais pour combien de temps ?

6 - Le constat doit être posé : il est aujourd'hui quasiment impossible de contrôler totalement la distribution de ces produits. Nul n'en doute lorsque la distribution n'a pas été organisée au sein d'un réseau. Mais la situation est à peine plus favorable en présence d'un réseau, soit parce que sa licéité est en réalité fragile, soit parce que les moyens de son étanchéité ne peuvent pas être assurés, soit, enfin, par l'effet des règles fixées par le nouveau règlement européen sur les restrictions verticales³, complété par des lignes directrices⁴.

1. *Cons. conc.*, déc. n° 06-D-28, 5 oct. 2006.

2. *Cons. conc.*, déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008.

3. Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement

De limitations en interdictions, le droit de contrôler ses canaux de distribution, en particulier face aux opérateurs de sites Internet, se réduit comme peau de chagrin. Ce constat n'est pas celui d'un échec ; il est la conclusion encore inachevée d'une mutation économique face à laquelle, plutôt que de poursuivre une lutte frontale vaine, de nouvelles règles peuvent émerger pour fonder un nouvel équilibre.

7 - Nous envisagerons, dans un premier temps, ce qu'il en est du droit de contrôler la distribution de ses produits en l'absence de tout réseau formalisé puis, dans un second temps, en présence d'un tel réseau.

1. Le contrôle de la distribution des produits en l'absence de réseau sélectif

8 - Lorsque le fournisseur n'a mis en place aucun réseau de distribution, c'est-à-dire lorsqu'il vend ses produits par ses propres moyens ainsi, éventuellement, qu'à des tiers approvisionnés au cas par cas, sans autre contrainte que celle d'en payer le prix, le fournisseur dispose d'une très grande liberté pour choisir ses distributeurs, mais fort peu de possibilités de contrôler ce que deviendront ses produits à l'occasion de leur revente ultérieure.

9 - Pendant longtemps, le droit de ne pas vendre a été entravé par la prohibition du refus de vente qui devait, pour être légitime, reposer sur un motif sérieux, exempt de discrimination. On sait qu'aujourd'hui et depuis la loi du 1^{er} juillet 1996, le refus de vente n'est plus prohibé en tant que tel et que tout fournisseur a, en principe, le droit de refuser de vendre à tout acheteur qui ne lui convient pas, sans avoir à justifier de son motif de refus. Cette évolution a été confirmée en 2008 lorsque la LME⁵ a supprimé le principe de non-discrimination entre opérateurs.

10 - Mais en réalité, la règle n'est pas aussi simple qu'il peut y paraître, pour diverses raisons.

11 - Tout d'abord parce que tout producteur de biens, prestataire de services, grossiste ou importateur reste tenu, en application de ce même article L. 441-6 du Code de commerce qui permet de différencier entre les acheteurs, de communiquer ses conditions générales de vente, ce qui est passablement antinomique du droit discrétionnaire de vendre ou de ne pas vendre.

12 - Ensuite, parce que le refus de vente est, comme l'exercice de tout droit, susceptible d'abus, dans les conditions du droit commun. Dans un arrêt du 12 juin 2009, la cour d'appel d'Aix en Provence⁶ a ainsi jugé « attendu que si le refus de former un contrat de vente n'est pas en soi répréhensible, n'étant que l'illustration de la liberté de contracter, il le devient s'il s'appuie sur des motifs illégitimes ou sur une volonté d'affecter les règles de fonctionnement loyal du marché ; qu'il engage également la responsabilité de son auteur en cas d'exercice abusif de cette liberté ». On voit bien, à la lecture de cette motivation, que l'on est assez loin du droit discrétionnaire, encore plus si l'on considère que dans cette espèce, la cour a pris soin, avant de débouter l'acheteur potentiel évincé, de relever qu'il avait accès au produit par d'autres canaux et qu'en conséquence, le refus de vente dont il se plaignait ne lui portait pas préjudice.

13 - On doit dès lors se demander si, malgré la suppression du délit civil de refus de vente, un producteur pourrait réellement, en toute impunité, se contenter de refuser de vendre sans énoncer le moindre motif ou sur la base d'un motif aussi politiquement incorrect que

celui tiré du mode de distribution pratiqué par son candidat acheteur, en l'occurrence, sur internet. La réponse est plus que douteuse.

14 - Dans un autre ordre d'idées, le principe de libre circulation des marchandises fait qu'une fois que le produit a fait l'objet d'une première vente, il est impossible d'en contrôler le devenir. Au sein de l'espace économique européen, les biens doivent pouvoir circuler librement et il n'y a aucune faute, pour un distributeur, à revendre à qui il le souhaite, les produits qu'il a régulièrement acquis au sein de cet espace.

Le droit des marques – et donc l'action en contrefaçon – n'est d'aucun secours puisque les droits que le fournisseur peut avoir sur sa marque pour en empêcher tout usage non autorisé, s'épuisent dès que le produit a été mis sur le marché européen par le producteur ou par un tiers, avec son consentement. Le revendeur français de produits marqués pourra ainsi aller s'approvisionner librement auprès d'un autre revendeur européen, sans risquer aucune mesure de rétorsion au titre de la contrefaçon.

15 - Finalement, les deux seules hypothèses dans lesquelles le producteur pourra s'opposer à la libre commercialisation de ses biens seront, d'une part, et sur le terrain de la contrefaçon, celle dans laquelle le revendeur se sera approvisionné en dehors de l'espace économique européen et, d'autre part, celle dans laquelle ses conditions d'approvisionnement ou de revente seront fautives et pourront être appréhendées sur le terrain du droit commun, notamment dans le cadre d'une action en concurrence déloyale.

16 - Le domaine d'application des principes qui viennent d'être rappelés est finalement assez étroit. Il suppose en effet l'absence de réseau, soit un système dans lequel la politique de commercialisation du producteur relève exclusivement de son comportement unilatéral. Dès que la distribution des produits commence à être encadrée par un ou plusieurs contrats qui définissent des droits – et surtout des obligations – à la charge du ou des revendeurs, la distribution est soumise au régime des ententes et plus spécifiquement des accords verticaux : là où il y a un contrat, il y a par définition concours de volonté et donc nécessairement entente et toute clause contractuelle qui vient restreindre la liberté comportementale de l'acheteur est une clause limitative de concurrence potentiellement répréhensible en application de l'article 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

17 - Chaque clause restrictive de concurrence (exclusivité d'approvisionnement, non-concurrence, contrôle de la revente, pratiques tarifaires...) devra ainsi faire l'objet d'une auto-évaluation minutieuse. Plus la politique de distribution est sophistiquée, plus les contraintes imposées aux distributeurs seront importantes et plus, naturellement, le risque de franchir la frontière de l'accord anticoncurrentiel sera élevé.

18 - Aussi, et pour augmenter la sécurité des entreprises, le droit de la concurrence a défini un *corpus* de contraintes présumées acceptables, énoncées par un règlement d'exemption par catégorie et développées dans des lignes directrices : lorsque les restrictions incluses dans l'accord sont cantonnées dans les limites fixées par le règlement d'exemption⁷ (et pour autant que les parts de marché des entreprises à l'accord n'excèdent pas 30 %), les entreprises, grâce à la présomption de licéité découlant de la conformité au règlement, seront dispensées de devoir défendre leurs contrats devant les autorités et, en particulier, de devoir rapporter la très difficile preuve du bilan économique positif.

19 - Parmi les techniques de distribution les plus élaborées, figurent les réseaux de distribution exclusive et les réseaux de distribution sélective, qui sont tous deux des réseaux fermés. Le réseau exclusif est celui dans lequel le fournisseur alloue, en exclusivité, à

de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : JOUE n° L 102, 23 avr. 2010.

4. Lignes directrices sur les restrictions verticales : JOUE n° C 130, 19 mai 2010.

5. Loi de Modernisation de l'Économie n° 2008-776 du 4 août 2008.

6. CA Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 12 juin 2009 : JurisData n° 2009-018745.

7. Règl. UE n° 330/2010, 20 avr. 2010 : JOUE n° L 102, 23 avr. 2010.

chacun de ses distributeurs, un territoire ou une clientèle déterminé. Dans le réseau sélectif, les distributeurs, choisis sur la base de critères objectifs, se voient collectivement réserver l'exclusivité de la revente, tout en s'interdisant de les revendre en dehors du réseau. Les deux systèmes sont exclusifs l'un de l'autre, ainsi qu'il résulte du point 57 des lignes directrices⁸.

De nombreuses entreprises, désireuses de contrôler les canaux de distribution de leurs produits, ont mis en place des réseaux, notamment sur le mode sélectif, mais beaucoup d'entre elles se croient, bien à tort, protégées contre le risque d'évasion hors réseau. La raison en est double.

D'une part, il ne suffit pas de décréter que l'on va construire un réseau sélectif pour avoir la possibilité de le faire efficacement. Selon les lignes directrices (point 175), la distribution sélective est présumée licite « pour autant que trois conditions soient remplies. Premièrement, la nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver l'image et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de manière non discriminatoire. Troisièmement, les critères ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire ».

Si les grandes marques ont depuis longtemps assimilé ces contraintes, beaucoup de marques moins réputées ont construit des réseaux de manière arbitraire, pour des produits qui ne relèvent ni du luxe, ni du domaine technique, avec des revendeurs non exclusifs qui ont été sélectionnés sur des critères aussi empiriques que mal définis et qui se voient imposer des clauses restrictives difficilement justifiables au regard de la nature du produit. Ces réseaux, qui n'ont de sélectif que le nom, sont en réalité d'une grande fragilité et ne pourraient résister en cas de contentieux : la protection qu'ils accordent quant au droit de contrôler la distribution est illusoire.

D'autre part, beaucoup de réseaux sélectifs ne sont développés que sur une partie du territoire européen. Or, selon le règlement d'exemption (art. 4, b, iii *a contrario*), la tête de réseau ne peut, sans risquer de perdre le bénéfice du règlement d'exemption, empêcher ses distributeurs de revendre les produits contractuels à des tiers au réseau situés en dehors de la zone géographique dans lequel le réseau sélectif est implanté. En conséquence, la tête d'un réseau purement national pourra certes empêcher ses distributeurs de revendre, sur le territoire national, à des tiers au réseau, mais elle ne pourra pas les empêcher de revendre à des tiers implantés en dehors du territoire national, territoire tiers à partir duquel ils pourront être réexportés vers le territoire national sans que la tête du réseau puisse l'empêcher.

Enfin, il faut relever que les marques elles-mêmes viennent fragiliser la protection que peut leur accorder leur système de distribution sélective lorsqu'elles décident de recourir à des sites spécialisés pour écouler leurs fins de série et leurs surstocks. Outre le fait que ces ventes sont la négation du système sélectif lorsque le site n'a pas expressément fait l'objet d'un agrément au sein du réseau (ce qui est assez souvent le cas), elles créent un précédent qui rend parfaitement malaisée la démonstration ultérieure d'une prétendue inadéquation entre réseau sélectif et vente sur Internet.

2. Le contrôle de la distribution des produits en présence d'un réseau

20 - Considérons maintenant la situation idéale pour contrôler la distribution de ces produits : le produit est un produit de luxe ou un produit technique, dont la revente peut être valablement encadrée ;

les revendeurs, implantés sur tout le territoire européen, ont été sélectionnés selon un cahier des charges cohérent et objectivement justifié. Dans une telle hypothèse, cependant, le droit de la tête de réseau de contrôler sa distribution n'est nullement absolu.

21 - Tout d'abord, la tête de réseau ne pourra pas contrôler la politique de prix appliquée par ses distributeurs (art. 4 a). La règle vaut dans les deux types de réseaux, sélectif ou exclusif.

Pareillement, elle ne pourra limiter le territoire et/ou la clientèle à laquelle son distributeur pourra revendre les produits contractuels qu'à de très strictes conditions (art. 4 b). Concrètement, elle ne pourra empêcher que (i) les ventes actives à destination de territoires ou de clientèles dont l'exclusivité a été réservée à un tiers, (ii) les ventes, par les grossistes, aux utilisateurs finaux, (iii) les ventes à des tiers au réseau sélectif implantés sur la zone géographique dans laquelle le réseau sélectif est déployé et (iv) la vente de composants intégrables à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour la fabrication de produits concurrents de ceux qu'elle produit.

22 - Par ailleurs, elle ne pourra jamais restreindre, dans un système sélectif, le droit de ses distributeurs de vendre les produits contractuels aux utilisateurs finaux, quel que soit leur lieu d'implantation (art. 4 c), ni les ventes entre les membres du réseau sélectif (art. 4 d).

23 - Enfin, le producteur de composants ne pourra empêcher l'acheteur qui incorpore ses composants dans un produit de vendre les composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finaux ou à des réparateurs.

24 - Dans la limite de ce que la loi permet, telles que ces frontières viennent d'être décrites, la tête de réseau peut encadrer sa distribution et imposer à ses distributeurs toute une série d'obligations nécessaires à la préservation d'une image cohérente de qualité : apparence du point de vente, présence d'un personnel qualifié, excellence du service après-vente, etc.

25 - Et Internet, dans tout cela ? Dans l'état actuel du droit, on doit tenir pour assuré le fait que les membres d'un réseau sélectif ou exclusif ne peuvent, sauf circonstances exceptionnelles, être privés de la possibilité de vendre les produits contractuels sur leur propre site.

La règle a été posée dans les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000, puis reprise dans les lignes directrices prises pour l'application du règlement du 20 avril 2010, lignes directrices auxquelles l'Autorité de la concurrence se réfère de manière constante. Selon ce texte, « En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits », la règle n'étant qu'une conséquence de l'article 4 b du règlement précité, selon lequel le fournisseur ne peut « restreindre le territoire sur lequel ou la clientèle à laquelle un acheteur partie à l'accord (de distribution) peut vendre les biens ou services contractuels ».

En conséquence, constituent des restrictions caractérisées, privatives du bénéfice du règlement d'exemption (l'accord de distribution risquant fort, dans ce cas, d'être qualifié d'entente anticoncurrentielle), toutes les clauses qui limitent l'accès du distributeur membre du réseau au e-commerce. Le catalogue de clauses envisagées est assez varié, ainsi qu'il résulte des lignes directrices (points 52 à 56).

26 - En matière de distribution sélective, toutefois, les modalités selon lesquelles les membres du réseau peuvent revendre les produits contractuels sur internet peuvent être encadrées. La Commission précise au point 54 des lignes directrices que « dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. »

Utile et même, en réalité, fortement recommandé, pour ne pas dire totalement indispensable. Sans encadrement, c'est-à-dire sans l'existence d'une charte écrite et détaillée, le producteur n'a aucune possi-

8. Lignes directrices sur les restrictions verticales : JOUE n° C 130, 19 mai 2010.

bilité de contrôler le contenu du site et ses produits pourront y être présentés sans ordre ni méthode, au côté de produits directement concurrents, sur des pages agressives fourmillant de bandeaux publicitaires, loin des codes de la marque.

27 - L'originalité de la solution posée par les lignes directrices est qu'au-delà du droit d'imposer à l'exploitant du site un encadrement *mutatis mutandis* équivalent à celui qui lui est imposé pour la commercialisation en point de vente physique, le fournisseur peut également, selon le paragraphe 54 des lignes directrices « exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membre de son système de distribution ». Le règlement ajoute que ce ou ces points de vente ne doivent pas être fictifs, puisque le fournisseur peut exiger qu'ils réalisent un volume de ventes minimum.

28 - De ce fait, les producteurs ont, selon les lignes directrices, la possibilité d'écarter de leurs réseaux les « pure players », c'est-à-dire les entreprises qui exercent leur activité exclusivement sur Internet. Les justifications apportées à cette solution, spécialement concédée aux marques sélectives sont, à y regarder de près, assez peu convaincantes.

29 - Traditionnellement, deux motifs sont évoqués au soutien de cette règle.

30 - Le premier motif est tiré de la technicité de certains produits et de la nécessaire protection du consommateur, qui justifierait que ce dernier ait la possibilité de se rendre dans un point de vente physique où il pourra se faire conseiller et appréhender physiquement le produit qu'il envisage d'acheter. Pour emporter la conviction, il faudrait tout d'abord que l'on admette que tous les produits qui font l'objet d'une distribution sélective ont besoin d'être physiquement examinés et testés avant l'achat, ce qui est loin d'être le cas, non compris le fait qu'Internet offre des possibilités d'information que peu de vendeurs sont en mesure de délivrer. Si l'on veut, néanmoins, bien admettre la réalité des avantages que présentent les points de vente physique pour le consommateur⁹, force est alors d'admettre que tous les points de vente physiques permettent d'atteindre l'objectif recherché, et non pas seulement ceux exploités par l'e-marchand. Si on ne l'admet pas, et que l'on considère que le produit doit pouvoir être spécifiquement testé dans le point de vente du e-marchand, alors il faudrait lui imposer, non pas d'ouvrir un, voire deux ou trois magasins, mais bel et bien de mettre en place un quadrillage géographique serré, afin que la possibilité donnée au consommateur d'avoir le produit en main dans le magasin de son e-vendeur cesse d'être purement théorique.

31 - Le second motif est tiré d'une rupture d'égalité entre e-marchands et vendeurs traditionnels, les seconds supportant des investissements qui ont permis la construction du réseau et qui concourent à la notoriété du produit, investissements dont les e-marchands tireraient les bénéfices sans en supporter la charge. L'obligation faite aux e-marchands d'ouvrir un ou plusieurs points de vente physiques serait, en dernière analyse, assimilable à une pénalité destinée à rétablir l'équilibre. Cet argument du « parasitisme » repose certainement sur une réalité, mais le remède proposé est inapproprié. Les opérateurs de sites ont un modèle économique qui n'est pas compatible avec l'exploitation d'un magasin et cette contrainte, qui, on l'a vu plus haut, n'apporte rien au consommateur, est injustifiable. Il est profondément irrationnel d'obliger la vente sur Internet à passer par la petite porte d'un magasin « en dur ». Si l'on postule, d'une part, la nécessaire coexistence des ventes sur Internet et des ventes en magasin (ce que le droit positif admet d'ores et déjà dans la

plupart des cas) et, d'autre part, la nécessaire contribution des opérateurs de sites aux charges du réseau, il existe d'autres solutions, mieux appropriées que celle proposée par les lignes directrices.

32 - Ces solutions imposent que l'on admette, en amont, non seulement la coexistence des canaux de distribution, mais également le droit des « pure players » à vendre tous les produits dont la vente n'est pas réglementée. Que l'on encadre, ensuite, les ventes de chacun des deux systèmes par des règles adaptées à chaque mode de distribution, non dans l'optique d'éliminer le e-commerce par des contraintes inappropriées, mais dans celui de contraindre chaque système à donner le meilleur de lui-même. Si les points de vente physiques peuvent rendre des services qui n'ont pas leur équivalent sur Internet, la réciprocité est vraie également. On pensera, par exemple, au droit de rétractation qui protège le consommateur contre l'achat d'impulsion, droit qui, au demeurant, a pour le e-commerçant un coût que ne supporte pas le vendeur traditionnel. Que l'on rémunère, encore, à leur juste valeur, les services rendus par les uns et par les autres par le biais d'accords de coopération commerciale. Chaque canal peut rendre aux fournisseurs des services de promotion des ventes qui, tous, peuvent avoir une contrepartie propre à établir un équilibre non pas défensif, mais dynamique. Que l'on astreigne, enfin, les e-commerçants, une fois rentrés dans le réseau non pas par la porte d'un magasin, mais par le respect d'une charte qualité adaptée à leur modèle économique, à participer aux investissements du réseau dont ils feront désormais partie à part entière.

33 - Dans l'affaire *Pierre Fabre* jugée le 29 octobre 2008, l'Autorité de la Concurrence a jugé qu'« une interdiction totale de vente par Internet ne pourrait être envisagée que si elle est objectivement justifiée » et estimé qu'une telle justification objective ne pouvait s'entendre que des mesures légitimement prises pour lutter contre les sites « spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs » (§ 66 *in fine*). Elle a jugé en conséquence « que l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par le biais d'Internet [constituait] une restriction de concurrence contraire aux articles [101 § 3 du TFUE] et L. 420-1 du Code de commerce » (§ 84) et lui a fait injonction « de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution (...) ».

34 - La cour d'appel, saisie d'un recours contre cette décision, a, par arrêt du 29 octobre 2009¹⁰, adressé une demande préjudicielle à la CJUE afin que celle-ci dise, en l'absence de texte ayant valeur législative sur ce point (les lignes directrices n'ont en effet pas valeur contraignante), si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective constitue ou non une restriction caractérisée *par objet* (et donc sans qu'il soit nécessaire de démontrer ses effets anticoncurrentiels effectifs), privative du bénéfice du règlement d'exemption.

35 - Les enjeux de cette question préjudicielle, qui dépassent d'ailleurs très largement la problématique envisagée dans les développements qui précèdent, sont également considérables pour les opérateurs de sites dans la détermination de la place qui leur sera désormais accordée dans le paysage de la distribution sélective.

MOTS-CLÉS : Concurrence - Distribution - Réseau - Liberté - Obstacles

9. voir par ex. *Comm. conc.*, déc. 06-D-28, 5 oct. 2006, matériels hi-fi et home cinéma.

10. *CA Paris*, pôle 5, ch. 5-7, 29 oct. 2009, *Sté Pierre Fabre Dermo-cosmétique* : *JurisData* n° 2009-013725 ; *JCP E* 2009, act. 571, *Aperçu rapide C. Vilmar* ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 287, obs. M. Malaurie-Vignal.